

LA DÉTERMINATION DU MONTANT D'INVESTISSEMENT OPTIMAL EN TAX SHELTER 2.0

Benoît Malvaux, Avocat associé – Cabinet Strelia
Eric-Gérald Lang, Avocat – Cabinet Strelia



Ayant été introduit dans notre législation par la loi du 2 août 2002, le tax shelter a rapidement connu un succès croissant. Le texte a également été remanié à plusieurs reprises, au vu d'excès rencontrés dans la pratique. C'est dans cette optique que le tax shelter a fait l'objet d'une refonte complète par la loi du 12 mai 2014¹, applicable aux conventions-cadre conclues depuis le 1er janvier 2015 (ci-après, le « **Tax Shelter 2.0** »).

Cette contribution reprend les principaux éléments à prendre en considération dans le chef de l'investisseur pour déterminer le montant optimal de son investissement et, particulièrement, par rapport aux plafonds de 750.000 € et 50 % des « bénéfices réservés imposables ».²

1. Détermination de la capacité d'investissement maximale en Tax Shelter 2.0

a. Double limitation – fonctionnement et disposition légale

1. La double limitation en question est visée à l'article 194ter, § 3, du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après, « CIR »), qui prévoit que :

« Par période imposable, l'exonération prévue au § 2 est accordée à concurrence d'un montant limité à 50 p.c., plafonné à 750.000 EUR, des bénéfices réservés imposables de la période imposable, déterminés avant la constitution de la réserve exonérée visée au § 4. »

Cette limitation s'applique au montant de l'exonération tax shelter, correspondant à « 310 p.c. des sommes que l'investisseur s'est engagé à verser en exécution d'une convention-cadre signée au cours de la période imposable » (art. 194ter, § 2, du CIR).

2. En d'autres termes, des bénéfices réservés imposables de 1.500.000 € permettent d'obtenir l'exonération maximale de 750.000 €, qui correspond à un investissement en Tax shelter 2.0 de 241.935 € (1.500.000 € x 50 %, plafonné à 750.000 €, divisé par 310 %) donnant droit à une épargne d'impôt de 254.925 € (même base x 33,99 %). Sans compter l'indemnité complémentaire éventuellement offerte par le producteur, l'économie d'impôts correspond à 105,37 % des sommes investies dans le tax shelter 2.0.³

Sous le régime tax shelter antérieur, l'investissement maximal était de 500.000 € (750.000 €, divisé par 150 %) pour une l'économie d'impôts de 254.925 € (750.000 € x 33,99 %).⁴

b. La notion de « bénéfices réservés imposables »

3. Les limitations décrites ci-avant se rapportent aux « bénéfices réservés imposables de la période imposable ».

4. Comme l'indique l'administration, il s'agit en pratique de l'augmentation des bénéfices réservés imposables de la période imposable (code 020 de la déclaration ISOC) (voy. not. Circulaire N°Ci.RH.421/566.524, AFER 42/2004 - AAF18/2004, du 23 décembre 2004, point 48 ; voy. ég. : Doc. Parl., Chambre, Session 2003-2004, n° 0473/001, p. 136).

Dans sa première formulation, l'exonération était limitée à 50% des « bénéfices de la période imposable » (art. 194ter, § 3, du CIR, tel qu'introduit par la loi du 2 août 2002). Au vu des difficultés d'interprétation de la notion de « bénéfices », celle-ci a été remplacée par celle, plus précise, de « bénéfices réservés imposables de la période imposable » (loi-programme du 22 décembre 2003 ; Doc. Parl., Chambre, Session 2003-2004, n° 0473/001, p. 136). A l'instar de la déduction pour investissement, cette limitation paraît poursuivre l'objectif d'encourager l'autofinancement des entreprises en accordant une immunisation en faveur des bénéfices réservés (Doc. Parl., Chambre, Session 2001-2002, n° 1818/001, pp. 33 et suivantes).

c. Calcul des « bénéfices réservés imposables »

5. De manière pragmatique, les bénéfices réservés imposables peuvent être estimés à partir du bénéfice comptable (PCMN 9903) en retranchant la dette d'impôt estimée et les dividendes distribués sur l'exercice. En outre, la référence aux bénéfices réservés imposables implique de tenir compte de l'ensemble des opérations de la société susceptibles de mouvementer le cadre I A de la déclaration ISOC et qui impacteront dès lors le montant maximal d'investissement en tax

shelter (e.g. réserves occultes, provisions exonérées, plus-values sur actions et subsides exonérés, etc.). Le cas échéant, la prudence invite considérer d'éventuels risques fiscaux identifiés par la société à ce niveau.

Certains aspects particuliers de ce calcul sont abordés ci-après.

d. Impact des plus-values sur actions

6. Le modèle de la déclaration ISOC a été adapté, depuis l'exercice 2014, pour que seules les plus-values sur actions totalement exonérées restent exonérées via une majoration de la situation de début des réserves taxées, à l'exclusion des plus-values sur actions imposables aux taux de 0,412 % ou de 25,75 %.⁵

Selon leur régime de taxation, la réalisation de plus-values sur actions influencera donc différemment le montant des bénéfices réservés imposables et dès lors l'investissement maximal en tax shelter.

Une grande société qui réalise une plus-value sur action à long terme imposable au taux distinct de 0,412 % verra sa capacité d'investissement en tax shelter largement inchangée (puisque cette plus-value ne viendra pas réduire ses bénéfices réservés imposables) tandis que une petite société (au sens de l'article 15 du Code des sociétés) qui réalise une telle plus-value à long terme totalement exonérée par l'article 192, § 1er, du CIR verra sa capacité d'investissement en tax shelter réduite d'autant (puisque cette plus-value viendra réduire ses bénéfices réservés imposables). L'on peut se demander ce qui justifie pareille différence de traitement.

7. Par ailleurs, le régime de taxation des plus-values sur actions peut réduire substantiellement la dette d'impôt de la société et dès lors limiter le montant optimal d'investissement en tax shelter (cf. point suivant).

e. Impact de la dette d'impôt estimée

8. Dans la technique comptable et fiscale, les bénéfices réservés imposables sont déterminés après déduction de la dette d'impôt estimée par la société et celle-ci est réintroduite dans la base imposable au stade des dépenses non admises (code 029).

L'estimation de la dette d'impôt influence donc la capacité maximale d'investissement en tax shelter par son effet mécanique sur les bénéfices réservés imposables (à la hausse ou à la baisse).⁶

Toutefois, l'estimation de la dette d'impôt influence également la capacité optimale d'investissement. Une société peut à l'évidence avoir d'importants bénéfices réservés exonérés et bénéficier de larges déductions fiscales (e.g. RDT, déduction pour revenus de brevets, intérêts notionnels, plus-values sur actions, pertes antérieures, etc.). Tel est typiquement le cas des sociétés

holding. Il convient alors de limiter l'investissement Tax Shelter à l'économie d'impôt utile pour compenser la dette d'impôt estimée.

f. Fusion, scission et autres opérations assimilées

9. Il est important également que les effets potentiels de réorganisations immunisées diverses soient correctement perçus, particulièrement :

- la réalisation d'une moins-value de fusion (goodwill de fusion), qui va diminuer les bénéfices réservés imposables (par la comptabilisation d'une réserve immunisée et d'une DNA) ;

- la réalisation d'une plus-value de fusion (badwill de fusion), qui va augmenter les bénéfices réservés imposables (par la comptabilisation d'une plus-value en résultat, exonérée comme RDT) (voy. not. art. 202, § 1, 2°, et 204, du CIR ; Com.IR. n°211/105).

On peut également se demander ce qui justifie que de telles écritures influencent à la hausse ou à la baisse, la capacité d'investissement en tax shelter compte-tenu, notamment, du caractère essentiellement technique de ces écritures, du principe de neutralité des fusions et de l'objectif d'encouragement de l'autofinancement poursuivi par la limitation aux bénéfices réservés imposables.⁷

g. Dividendes et rachats d'actions propres

10. La distribution d'un dividende constitue le cas emblématique de l'opération qui vient directement diminuer le montant des bénéfices réservés imposables.

Tel est également le cas des acquisitions de participations propres, qu'elles surviennent suite à une opération de rachat ou autrement (e.g. suite à une fusion inversée), ou autres formes de dividendes, qui peuvent aboutir à une disparation de réserves taxées et à la comptabilisation corrélative d'un dividende dans différentes circonstances (e.g. contrariété au Code des sociétés, annulation ou de cession avec moins-value, etc.). De telles opérations peuvent dès lors également impacter le montant des bénéfices réservés imposables.

2. Impact de l'investissement en Tax Shelter 2.0 sur la capacité maximale d'investissement (effet itératif)

11. Le régime comptable et fiscal de l'investissement tax shelter influence le montant des bénéfices réservés imposables et, dès lors, il faut théoriquement procéder par ajustements pour tenir compte de cet impact sur la capacité d'investissement (effet itératif). Il est toutefois expliqué ci-après en quoi cet impact est devenu mineur sous le régime actuel et peut potentiellement être négligé.⁸

a. Impact de l'exonération Tax Shelter 2.0 sur la dette d'impôt estimée

12. Dans la technique comptable et fiscale, les bénéfices réservés imposables sont déterminés après déduction de la dette d'impôt estimée par la société et celle-ci est réintroduite dans la base imposable au stade des dépenses non admises (code 029) ; dans la mesure où l'exonération tax shelter va diminuer cette dette d'impôt, il peut être tenu compte de la hausse mécanique que ceci entraîne sur les bénéfices réservés imposables.

13. En d'autres termes, l'économie d'impôt suite à l'investissement vient augmenter les bénéfices réservés imposables de la période (+ 105,37 €, pour un investissement de 100 €).

b. Impact du régime comptable et fiscal de l'investissement

14. Considérant que le Tax Shelter 2.0 s'apparente économiquement à un versement anticipé d'impôts et que l'investisseur n'acquiert aucun droit sur l'œuvre, la Commission des Normes Comptables (CNC) estime que l'investissement doit être pris en compte d'attente et passé en charge en proportion de l'exonération qui peut être obtenue sur l'exercice (cf. Avis CNC 2015/1 du 13 mai 2015, points 8 et 9) ; cette charge constitue par ailleurs une dépense non admise (DNA) et ne diminue donc pas la dette d'impôt (art. 194ter, § 11, al. 4, du CIR).

15. En d'autres termes, l'investissement vient diminuer les bénéfices réservés imposables de la période durant laquelle l'exonération provisoire est obtenue (- 100 €, pour un investissement de 100 €), sans réduire la dette d'impôts estimée (DNA).

c. Impact de la constitution de la réserve Tax Shelter

16. Enfin, comme sous le régime antérieur, les bénéfices réservés imposables doivent être déterminés, pour calculer le plafond d'investissement en tax shelter, avant constitution de la réserve exonérée. L'effet négatif de la constitution de cette réserve par transfert de bénéfices réservés imposables vers les bénéfices

réservés exonérés (- 310 €, pour un investissement de 100 €) n'est dès lors pas pris en compte pour le calcul de la capacité d'investissement (art. 194ter, § 3, du CIR).

d. Conclusion : absence d'impact itératif significatif

17. Comme l'impact négatif sur les bénéfices réservés imposables de la prise en charge de l'investissement (- 100 €) est compensé largement avec l'impact favorable de l'épargne fiscale (+ 105,37 €), et que ces bénéfices se déterminent avant constitution de la réserve tax shelter, l'investissement en Tax Shelter 2.0 n'influence significativement ni les bénéfices réservés imposables, ni dès lors l'investissement maximal envisageable.

Le montant d'investissement maximal en Tax Shelter 2.0 peut donc être positivement estimé sur base des bénéfices réservés imposables de la période, sans les retravailler au vu des implications comptables et fiscales de l'investissement en lui-même.⁹

Un calcul itératif peut améliorer le résultat, mais sans aller au-delà de quelques pourcents.

3. Détermination de l'investissement optimal en Tax Shelter

18. Le montant optimal d'investissement en Tax Shelter 2.0 correspond en principe au montant maximal d'investissement (cf. Titre 1), dès lors que le Tax Shelter offre un rendement attrayant.

Cette constatation ne se vérifie toutefois pas nécessairement. Outre diverses considérations de trésorerie, de diversification ou de risques (que nous n'abordons pas), d'autres considérations plus spécifiquement fiscales peuvent encore intervenir :

- Impact des taux réduits : le rendement du Tax Shelter est directement influencé par l'économie fiscale qu'il peut entraîner ; ainsi, l'application des taux réduits visés à l'article 215 du CIR aboutit aux rendements suivants (hors rendement additionnel du producteur) :

| | | | | |
|-------------------|--------------|-------------------|--------------------|-------------------|
| Taux d'imposition | 24,98 % | 31,93 % | 35,54 % | 33,99 % |
| Revenu imposable | 0 à 25.000 € | 25.000 à 90.000 € | 90.000 à 322.500 € | 322.500 € et plus |
| Rendement | - 22,562 % | - 1,017 % | 10,174 % | 5,369 % |

Il résulte de ce tableau que le Tax Shelter 2.0 est particulièrement intéressant dans la mesure où il permet d'exonérer des revenus imposables soumis aux taux réduits sur la dernière tranche de revenus (90.000 € et plus). Le rendement de base s'élève alors à 10,17 %.

Par ailleurs, l'exonération Tax Shelter peut faire descendre le revenu imposable d'une société sous le seuil de 322.500 € et lui permettre de retomber sous le régime des taux réduits.¹¹ A ce rendement de base, s'ajoute alors encore l'économie issue de l'application des taux réduits plutôt que du taux ordinaire.

- Limitation à la dette d'impôts : comme indiqué ci-avant (point I)], une société peut disposer d'importants bénéfices réservés imposables qui soient en grande partie absorbés par des déductions fiscales diverses ; une telle société n'a évidemment aucun intérêt à investir dans une exonération tax shelter au-delà du montant de sa dette d'impôt (cf. point 8).¹²
- Impact sur les versements anticipés : la nature de l'investissement en tax shelter n'est pas fort éloignée de celle d'un versement anticipé ; toutefois, comme le tax shelter diminue la dette d'impôt totale de la société, l'investissement peut permettre d'éviter des pénalités pour absence ou insuffisance de versements anticipés qui ne pourraient pas nécessairement l'être par un simple versement anticipé au même moment.
- Existence de reports tax shelter : il convient évidemment de tenir compte de l'existence de reports de tax shelter antérieurs, voire du risque de survenance de tels reports, dans l'appréciation du montant de tax shelter à investir.

4. Tax Shelter et réserve de liquidation

19. Pour les petites sociétés (au sens de l'article 15 du Code des sociétés), la question se pose de savoir dans quelle mesure un investissement en Tax Shelter est compatible avec la faculté de constituer une réserve de liquidation visée aux articles 184quater et 219quater du CIR, tels qu'introduits par la Loi-programme du 19 décembre 2014, en vigueur à partir de l'exercice d'imposition 2015.

20. De manière générale, les interactions apparaissent essentiellement les suivants :

- Constitution et distribution d'une réserve de liquidation : la constitution de cette réserve n'influence pas les bénéfices réservés imposables, s'agissant d'une affectation de résultat à des réserves indisponibles (mais non immunisées)¹³ ; la distribution de la réserve de liquidation constitue une distribution de dividende qui vient par contre diminuer les bénéfices réservés imposables, et donc la capacité à investir dans le tax shelter, pour l'exercice concerné ;

- cotisation distincte de 10 % : la CNC a indiqué que cette cotisation est à enregistrer directement lors des opérations de fin d'exercice sans pouvoir être reportée à l'exercice suivant (Avis CNC 2015/2 du 13 mai 2015, point 4). Elle diminue donc d'autant les bénéfices réservés imposables de cette période ;

- constitution de la réserve tax shelter : la constitution de cette réserve vient directement réduire le « bénéfice comptable » disponible pour la réserve de liquidation, dans la mesure où, selon le Ministre, ce bénéfice comptable se réfère au « bénéfice de l'exercice à affecter » (PCMN 9905) et où cette rubrique est réduite des « dotations aux réserves immunisées » (PCMN 689) (utilisée pour constituer la réserve tax shelter) (voy. not. Avis CNC nos 2015/1 et 2015/2 du 13 mai 2015, respect. nos 12 et 4).¹⁴

21. Il résulte, particulièrement de ce dernier point, qu'une ventilation doit être effectuée entre une affectation au Tax Shelter et/ou à une réserve de liquidation.

A noter, cependant, que la CNC a accepté que l'exonération définitive du tax shelter s'effectue soit directement au sein des réserves, soit par prélèvement des réserves immunisées (PCMN 789), avec une préférence pour cette seconde approche.¹⁵ Dans ce cas, l'extourne de la réserve tax shelter vient alors accroître d'autant le bénéfice de l'exercice à affecter (PCMN 9905) pouvant alors être affectée à la constitution d'une réserve de liquidation.¹⁶

Cet effet de rattrapage implique qu'une société a normalement intérêt à postposer la constitution d'une réserve de liquidation et d'abord procéder à un investissement en tax shelter. Qui plus est, lors de l'exonération définitive du tax shelter, ce bénéfice comptable n'augmentera pas corrélativement les bénéfices réservés imposables utilisables pour un nouveau tax shelter).¹⁷

22. Ces principes devraient également s'appliquer de la même manière pour la constitution d'une réserve de liquidation spéciale pour le bénéfice comptable relatif aux exercices 2013 et 2014 (Doc. Parl., Chambre, 2014-2015, n°54-1125/001, p. 92).

5. Remarques finales – conclusions

23. Déterminer correctement le montant de l'investissement tax shelter constitue une condition essentielle pour la réussite de l'investissement, le risque pouvant aller jusqu'à la perte de l'entière part de l'investissement.

Les contrôles survenant des années plus tard, ce risque est en effet réel dès lors que, pour différentes raisons, un report ne sera à ce moment plus nécessairement possible sur des exercices ultérieurs. Ce peut, par exemple, être le cas si l'investissement tax shelter en question a déjà été clôturé ou si le maximum d'exonération a été revendiqué sur les exercices suivants.

24. Le calcul de la capacité d'investissement n'est pas nécessairement complexe, certainement depuis que le Tax Shelter 2.0 est en vigueur et que son effet itératif n'est plus réellement significatif.

Toutefois, un soin particulier doit être accordé à l'examen de l'ensemble des opérations (ainsi que des risques) de la société qui impacteront (ou pourraient impacter) le montant des bénéfices réservés imposables, et donc particulièrement celles qui sont reprises au Cadre I A de la déclaration ISOC. Le cas échéant, il peut être conseillé de se réserver une marge.

Le cumul du tax shelter d'autres mesures, tel que la réserve de liquidation, peut être envisagé pour autant que certaines conditions soient satisfaites.

Chers membres,

Nous souhaitons vous rappeler que durant la période de vacances scolaires de Toussaint et de Noël, notre secrétariat sera fermé aux périodes suivantes :

- du 31 octobre au 6 novembre 2015.
Nous reprenons vos appels à dater du 9 novembre prochain
- du 21 décembre au 3 janvier 2016.
Nous reprenons vos appels à dater du 4 janvier 2016.

Toutes nos activités de formations et d'informations professionnelles seront reprises sur le site que vous pourrez consulter aisément durant ces deux périodes. Un numéro d'appel pour les urgences est accessible au 0471/139.982.

1. modifiant l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle
2. Le fonctionnement du tax shelter en général n'est pas présenté, ni ses autres limitations liées aux dépenses à effectuer par le producteur ou encore à l'obtention de l'attestation tax shelter. Le lecteur intéressé pourra se reporter utilement à d'autres contributions (voy. not. : Brochure Tax Shelter 2015, SPF Finances, sur finances.belgium.be ; P. DELLA FAILLE, Le régime du Tax Shelter, Larcier, Bruxelles, 2015).
3. Sous réserve de l'application des taux réduits visés à l'article 215 du CIR, voir ci-après.
4. Le montant maximal pouvant être investi par un investisseur est donc inférieur de moitié sous le nouveau régime tax shelter. Sous l'ancien régime, l'investissement était toutefois partiellement consenti sous forme de droits (40 %) et d'un prêt remboursable (60 %).
5. Voy. Arrêté royal du 25 avril 2014 déterminant le modèle de la formule de déclaration en matière d'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2014, Moniteur belge du 2 mai 2014.
6. L'impact de l'investissement en tax shelter lui-même sur la dette d'impôt est examiné infra, point [].
7. Voir supra, point Erreur ! Source du renvoi introuvable..
8. Voy. not. Circulaire N°Ci.RH.421/566.524, AFER 42/2004 - AAF18/2004, du 23 décembre 2004, point 48. La manière dont l'effet itératif peut être calculé est illustré dans le tableau repris à la Circulaire Ci.RH.421/563.842 du 24 juin 2004 en matière de réserve d'investissement.
9. S'il ne fallait passer l'investissement en charge sur le même exercice, le calcul itératif consisterait, dans l'exemple, à utiliser l'augmentation des bénéfices réservés imposables de 105,37 € issue de l'économie d'impôt pour augmenter l'investissement (à savoir de $105,37\% \times 50\%$, divisé par 310%, permettant un investissement supplémentaire de 16,99 €, et ainsi de suite). Cet effet était réel sous le Tax shelter 1.0, sous réserve de l'effet de rattrapage sur lors des exercices ultérieurs où les droits sur l'œuvre devaient être pris en charge.
10. Les rendements sont calculés comme suit : $[310\% \text{ (exonération)} \times \text{taux nominal}] - 100$.
11. Voy. not. Com.IR no 215/9.
12. Par approximation, il paraît pouvoir être considéré que la dette d'impôt devient plus contraignante que la limitation légales aux bénéfices réservés imposables lorsque, rapportée aux bénéfices réservés imposables (donc après impôts), est inférieure à 20 %.
13. Voy. not. A. EL JILALI et N. BISSCHOP, « La réserve de liquidation : retour à la raison ? », C.&F.P., 2015/4, p. 6. A noter que cette question se pose avec plus d'acuité dans le cadre du régime transitoire de l'article 537 du CIR, permettant de distribuer certaines réserves au taux réduit de 10 %, et qui impliquait normalement une distribution de dividendes suivie de leur réincorporation immédiate au capital. Contrairement à la réserve de liquidation, cette mesure affecte en principe négativement les « bénéfices réservés imposables » (i.e. distribution de dividendes, réincorporation au capital fiscal hors du Cadre I A de la déclaration ISOC). Il semble que le Ministre n'ait pas totalement exclu la possibilité de néanmoins cumuler l'article 537 du CIR et l'investissement en tax shelter (voy. Q.P. n° 610 de M. Destrebecq dd. 03.10.2013 ; "FAQ: Boni de liquidation", not. points 17 et 50). Cette position serait cohérente avec l'obligation de réinvestissement immédiat des réserves distribuées sous l'article 537 du CIR et l'objectif de la limitation du tax shelter visant à encourager l'autofinancement des entreprises (cf. supra).
14. Q.P. n°2475 de Mme Wouters du 25 février 2015, CRIV COM 098, 35 ; Trav. Parl., Doc 54, no 0672/001, p. 14. À noter que l'hésitation persiste au vu du texte de loi qui vise le « bénéfice comptable après impôts » et, dès lors, éventuellement les « bénéfices de l'exercice » (PCMN 9904), avec des conséquences différentes de celles décrites ci-avant.
15. Avis CNC no 2015/1 du 13 mai 2015, point 15 ; comp., auparavant, Avis CNC no 2012/7 du 17 avril 2012, point 21.
16. Cet extourne aboutit donc à ce que des bénéfices d'exercices antérieurs se retrouvent techniquement éligibles pour la réserve de liquidation sur le bénéfice à affecter ment de l'utilisation de ces rubriques du bilan, ce qui peut apparaître discutable (voy. not. Trav. Parl., Doc 54, no 0672/001, p. 14).
17. Lors de l'exonération définitive du tax shelter, l'augmentation des bénéfices réservés imposables issue du reclassement de la réserve exonérée tax shelter est compensée par une majoration corrélative de la situation de début des réserves taxées.